

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 30 listopada 2015r. (data wpływu) powód Bank (...) S.A. we W. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. kwoty 262.974,70 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 stycznia 2014r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (pozew k. 2-5 akt).

Powód podał, że iż łączyła go z pozwanym umowa afiliacyjna zawarta w dniu 25.6.2010 r. w P.. Strony wykonywały umowę w latach 2011 - 2013. Przedmiotem umowy afiliacyjnej było m.in. wdrożenie u (...) usługi polegającej na udostępnieniu klientom powoda możliwości wykonywania przelewów (...), które stanowią formę przekazu pieniężnego, którego odbiorca identyfikowany jest na podstawie numeru telefonu komórkowego i zestawu dwóch kodów (...). W tym systemie wypłata gotówki jest dokonywana w bankomacie, udostępnianym przez (...) bez potrzeby posiadania jakiegokolwiek karty lub konta. Umowa afiliacyjna została rozwiązana w dniu 28 lutego 2015 r. na mocy porozumienia stron stwierdzonego pismem. W umowie tej zastrzeżono dla powoda dodatkowe wynagrodzenie w sytuacji, gdy nie zostanie zrealizowana określona umową ilość transakcji za pomocą wskazanego systemu. Powód podał, że w niniejszej sprawie dochodzi zapłaty dodatkowego wynagrodzenia należnego z umowy za 2013r. (pozew k. 2-5 akt).

W odpowiedzi na pozew pozwany (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania ,w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (odpowiedź na pozew k. 134-146 akt).

Z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Sąd

zasadności zgłaszanych przez powoda roszczeń, pozwany zgłosił zarzut potrącenia należności powoda z wierzytelnością przysługującą (...) wobec Banku (...) S.A. z siedzibą we W. w wysokości 500.000,00 zł z tytułu szkody wyrządzonej (...) przez (...) spowodowanej nakłanianiem klienta (...), tj. (...) S.A. z siedzibą w W. do rozwiązania zawartej z (...) ustnej umowy, skutkującego pozyskaniem przez (...) klienta (...), tj. P. Polska z naruszeniem art. 12 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co skutkowałoby umorzeniem wierzytelności powoda w całości oraz umorzeniem wierzytelności pozwanej do wysokości 262.974,70 zł .

Pozwany zakwestionował prawidłowość dokumentów stanowiących załączniki do pozwu i wywiódł, że powód nie wykazał dochodzonych roszczeń. Dodatkowo, w ocenie pozwanego, nie powinien ponosić od odpowiedzialności za niezrealizowanie wymaganej liczny transakcji z uwagi na to, iż de facto wykonanie umowy afiliacyjnej w tym zakresie było zależne od działania osób trzecich. Pozwany stwierdził bowiem, że wpłaty i wypłaty w systemie (...) dokonywane są przez osoby trzecie (codziennych użytkowników bankomatów). Nie sposób zatem przypisać pozwanej odpowiedzialność za działania-zaniechania osób trzecich. Byłoby to sprzeczne ze stanem prawnym sprawy, ***jak również z zasadami współzycia społecznego***, które nie dają przyzwolenia na odpowiedzialność za działania lub zaniechania osób trzecich zwłaszcza na taką skalę z jaką mamy do czynienia w sprawie. (...) było obowiązane do zapewnienia 3100 transakcji miesięcznie, które w świetle stanu faktycznego prawa miały być wykonywane przez użytkowników bankomatów. Powyższe wynika jednoznacznie z § 11.1.1 umowy afiliacyjnej, który stanowi iż H. - (...) będzie ponosić odpowiedzialność za szkody wyrządzone wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które H. - (...) ponosi odpowiedzialność, z zastrzeżeniem poniższych postanowień [...]. Wywodząc a contrario z powyższego zapisu umowy afiliacyjnej pozwany wskazał, iż odpowiedzialność (...) za brak zapewnienia wymaganej liczby transakcji jest wyłączona z uwagi na to, iż ***okoliczność wpłat i wypłat realizowanych przez osoby trzecie jest okolicznością, za którą (...) nie ponosi odpowiedzialności***. Szkada poniesiona przez (...) materializuje się w sytuacji braku zrealizowania 3100 transakcji miesięcznie. Gdyby zatem przyjąć, iż doszło do

wyrządzenia w majątku (...) uszczerbku w postaci braku zrealizowania 3100 transakcji (czego strona powodowa nie wykazała), to odpowiedzialność (...) za tę szkodę jest wyłączona **przez samą umowę afiliacyjną jak również przez art. 471 KC**. Zgodnie bowiem z art. 471 KC, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ten stanowi generalną zasadę odpowiedzialności kontraktowej, określając przy tym wyjątki od niej umożliwiające egzonerację dłużnika. Odpowiedzialność kontraktowa wyłączona jest w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Pozwany podniósł, że w doktrynie istnieje jednolity pogląd, iż działanie osób trzecich, za które dłużnik nie odpowiada stanowi przesłankę wyłączającą odpowiedzialność, o której mowa w art. 471 KC. W wypadku odpowiedzialności dłużnika opartej na zasadzie winy istnieją dwa sposoby na zwolnienie się przez niego z odpowiedzialności. Pierwszym sposobem będzie wykazanie okoliczności, która była przyczyną wykonania lub niewykonania zobowiązania, za którą on nie odpowiada. Okolicznością taką może być zdarzenie przypadkowe, siła wyższa lub działanie osób trzecich, za które dłużnik nie odpowiada, lub działania samego wierzyciela. W ocenie pozwanego, na kanwie niniejszej sprawy mamy do czynienia z tą przesłanką wyłączającą odpowiedzialność, ponieważ wpłaty i wypłaty są realizowane przez osoby trzecie. (...) nie ma możliwości spowodowania, aby osoby dokonujące wpłat i wypłat wykonały 3100 transakcji miesięcznie.

Formułując zarzut potrącenia z uwagi na bezprawne przejęcie przez (...) klienta pozwanej, tj. P. Polska z naruszeniem art. 12 ust. 2 UZNK, pozwany podał, że zgodnie z art. 12 ust. 2 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Przepis ten reguluje czyn nieuczciwej konkurencji, którym jest tzw. przejęcie klienta innego przedsiębiorcy wskutek działań niezgodnych z prawem.

Na gruncie współpracy prowadzonej w oparciu o umowę afiliacyjną, (...) zaoferowało (...) podjęcie współpracy z P. Polska. Jest to o tyle istotne, iż pozwana natomiast zawarła z P. Polska ustną umowę, na mocy której P. Polska miał realizować płatności w systemie (...). Z inicjatywy (...), P. Polska nawiązał współpracę z (...), polegającą na tym iż oba podmioty miały wzajemnie korzystać ze swoich usług. Dodatkowo P. Polska miał dokonywać wpłat i wypłat z bankomatów (...) za pomocą systemu (...).

(...) wskazało, iż (...) dokonał bezprawnego przejęcia P. Polska wobec zaproponowania P. Polska tzw. usługi (...) działającej analogicznie wobec usługi (...). Usługa (...) umożliwia dokonywanie wpłat i wypłat poprzez użycie innych kodów przy zastosowaniu mechanizmu podobnego do systemu (...).

Pozwany wskazał, iż (...) naruszył trwałość stosunku umownego między (...) a P. Polska. Nie może bowiem mieć miejsca sytuacja, w której jeden podmiot przedstawia swojego klienta innemu podmiotowi w celu nawiązania lub uściślenia współpracy, a następnie klient ten zostaje przejęty z naruszeniem przepisów prawa oraz dobrych obyczajów kupieckich. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 20.6.2007 r., przepisy ust. 1 i 2 art. 12 u.z.n.k. obejmują ochroną prawidłowe funkcjonowanie stosunków umownych przedsiębiorcy, chroniąc go przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Różnica polega na tym, że ust. 2 *expressis verbis* obejmuje także trwałość stosunków umownych, zakazując nakłaniania do rozwiązywania umów przez kontrahentów, natomiast ust. 1 odnoszący się do pracowników pomija ten fragment.

W ocenie pozwanej, powyższe działania (...) jednoznacznie wskazują, iż (...) przejęło klienta (...) z naruszeniem przepisów UZNK z jednoczesnym przysporzeniem korzyści sobie, jak również wyrządzeniem szkody (...) w wysokości 500.000,00 zł. Dodatkowo, pozwany wskazał, iż (...) w celu przejęcia P. Polska udzielił klientowi (...) kredytu bankowego (pełnomocnik (...) wskazuje, iż zarówno ani on, ani (...) nie zna wysokości przedmiotowego kredytu).

Na powyższą szkodę wyrządzoną (...) przez (...) **składają się koszty poniesione przez (...) związane ze współpracą z P. Polska.** (...) zatrudniło pracowników dedykowanych do współpracy wyłącznie z P. Polska. Z tym zatrudnieniem wiązało się zgłoszenie każdego pracownika do odpowiednich oddziałów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Urzędów Skarbowych. (...) obowiązane było, również do uiszczania składek na ubezpieczenia społeczne oraz zaliczek na podatki dochodowe. Generowało to comiesięczne koszty, które ponosiło wyłącznie (...). Ponadto, (...) zapewniło pracownikom delegowanym do współpracy z P. Polska odpowiednie szkolenia obejmujące nabycie umiejętności niezbędnych do realizacji usługi (...) we współpracy z P. Polska i poniosło za te szkolenia odpowiednie koszty. (...) poniosło również koszty dostosowania systemów informatycznych (koszty modernizacyjne) związanych przygotowaniem odpowiedniego świadczenia usługi (...) we współpracy z P. Polska. W tym celu konieczne było nabycie programów komputerowych umożliwiających prawidłowe funkcjonowanie systemu (...). Dodatkowo, (...) musiało również nawiązać współpracę z informatykami w celu wdrożenia tego oprogramowania. Innymi istotnymi kosztami poniesionymi przez (...) w związku ze współpracą z P. Polska były koszty dojazdów poniesione w związku z licznymi spotkaniami, na które niejednokrotnie musieli stawić się przedstawiciele (...), aby omówić zasady wzajemnej współpracy.

Strona pozwana wskazała, iż wezwwała (...) do zapłaty kwoty 500.000,00 złotych z tytułu szkody wyrządzonej bezprawnym przejęciem P. Polska przez (...) (odpowiedź na pozew k. 134-146 akt).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 25 czerwca 2010 roku została zawarta między powodem Bankiem (...) S.A. we W., a pozwanym (...) Central (...) w Ł. **umowa afiliacyjna.**

Pozwany oferował możliwość skorzystania z nowej usługi polegającej na udostępnieniu klientom powoda możliwości wykonywania przelewów (...), które stanowią formę przekazu pieniężnego, którego odbiorca identyfikowany jest na podstawie numeru telefonu komórkowego i zestawu dwóch kodów (...). W przedmiotowym systemie wypłata gotówki dokonywana jest w bankomacie, udostępnianym przez powoda bez potrzeby posiadania jakiegokolwiek karty, czy konta. Usługa zakłada, że do zlecenia przelewu wystarczającym jest posiadanie usług elektronicznych, strony internetowej czy telefonu. Osoba nadająca przelew ze swojego konta podaje kwotę, numer telefonu komórkowego odbiorcy oraz dowolny 4-cyfrowy kod (...). (...) H. - (...) generuje drugi kod, który zostaje wysłany do odbiorcy SMS-em. Następnie zlecający powinien przekazać swój (...) odbiorcy - np. przez telefon. Pieniądze są natychmiast dostępne do wypłacenia z bankomatu. Aby wypłacić otrzymany przekaz, odbiorca musi w bankomacie realizującym usługę (...) wprowadzić swój numer telefonu, otrzymane kody i kwotę przelewu.

Na podstawie tej umowy powód został włączony poprzez węzeł międzynarodowy do systemu oferowanego przez pozwanego - Systemu H. - (...). Przedmiotem umowy było między innym wdrożenie u powoda oprogramowania oraz nowej, innowacyjnej w tamtym okresie, usługi –opisanej powyżej formy przelewu pieniężnego (dowód: okoliczności bezsporne, prezentacja sporządzona przez pozwanego dotycząca systemu H. - (...); k. 196-207, zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka E. C. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:14:18-00:38:45, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54, zeznania świadka A. D. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 01:00:20-01:38:27).

Szczegółowy opis usługi oraz funkcjonalności systemu, w tym zakres obowiązków jakie zostały nałożone na strony wynikał z zawartej umowy oraz ze zmieniającej ją aneksów.

Do obowiązków Banku należała realizacja wszelkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym w szczególności przestrzeganie obowiązku świadczenia usług na wymaganym co najmniej minimalnym poziomie w celu zachowania zgodności ze wszelkimi procedurami określonymi szczegółowo w załącznikach do umowy, a także, m.in.:

-niepodejmowanie żadnych działań, które pośrednio lub bezpośrednio będą ukierunkowane na stworzenie systemu technologicznego lub procedur, które będą łamały prawa patentowe H. - (...),

-udostępnienia co najmniej 80% swoich własnych bankomatów dla potrzeb usług (...), od dnia określonego jako dzień rozpoczęcia funkcjonowania w systemie (...) a także Informowania (...) o aktywnych bankomatach,

-utrzymanie dostępności operacyjnej terminali (bankomatów, terminali (...), itp.) niezbędnych do właściwego funkcjonowania systemu operacyjnego (...), na odpowiednim poziomie usług i jakości, jakie mogą być wymagane od Banku prowadzącego profesjonalną działalność oraz zgodnie z zasadami określonymi w umowie,

-reagowanie w przypadku zdarzeń nadzwyczajnych, które mogą pojawić się w bankomatach, zgodnie z wymaganiami i standardami obowiązującymi w Banku (...) S.A.

Do zobowiązań (...) wobec Banku należało:

-wprowadzenie projektu wdrożenia,

-zapewnienie połączenia do systemu,

-dokonywanie rozliczeń przetwarzanych dyspozycji, wykonywanie odpowiednich obciążeń i uznań na rachunku otwartym przez Bank,

-przestrzeganie planu awaryjnego, o którym mowa w załączniku nr 2 do umowy,

-reklamowanie na własny koszt usługi w krajach gdzie funkcjonuje system (...) na poziomie 100 tys euro rocznie,

-udostępnienia możliwości zmiany wszelkich limitów transakcyjnych (realizowanych na rzecz Banku przez H. - (...)) Bankowi w tym również maksymalnych terminów realizacji operacji,

-zachowania różnicy kursowej (spread) na poziomie min. 3%,

-umożliwienie Bankowi niewyłącznego prawa do korzystania z usługi (...) oraz do narzędzi zarządzania i administrowania (w tym modułu reklamacji (...)) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

-umożliwienie Bankowi bez dodatkowych formalności i zgód na podłączanie do systemu (...) wszystkich urządzeń obsługiwanych przez Bank (których właścicielem jest strona trzecia) na identycznych warunkach jak dla (...),

-w przypadku uruchomienia w Banku usługi redukującej kolejki w oddziałach, która umożliwi kasjerom wysyłanie klientom gotówki do bankomatu w oddziale, (...) za taką transakcję pobierze jedynie 60 groszy,

- (...) zobowiązał się do zapewnienia min. 3,100 transakcji miesięcznie na każde 1,000 bankomatów, zaczynając od 4 miesiąca od pierwszej transakcji po pilotażu systemu. W przypadku braku określonej ilości operacji H. - (...) miał zapłacić (...) dodatkowe wynagrodzenie w postaci brakującej ilości operacji pomnożonej przez prowizję za operację międzynarodową (na dzień uruchomienia usługi prowizja wynosiła 2 Euro za operację),

-w przeciągu miesiąca od dnia podpisania niniejszej umowy, przy współpracy z (...), miała zostać wystawiona gwarancja bankowa dla (...) przez (...) lub jeden z banków współwłaścicieli systemu (...). Gwarancja miała być na kwotę co najmniej 100 tys. PLN i miała służyć zabezpieczeniu wypłaconych, ale nierozliczonych transakcji w bankomatach (...). W przypadku niedostarczenia gwarancji, (...) miał złożyć kaucję na wskazany przez Bank rachunek,

-w przypadku wzrostu ilości transakcji, powyższa gwarancja lub kaucja wystawiona przez (...) lub jeden z banków współwłaścicieli systemu (...) miała ulegać zwiększeniu w ciągu 30 dni od daty pierwszego przekroczenia powyższego limitu, tak aby pokrywała wolumen wypłaconych, ale nie rozliczonych transakcji.

W umowie określono, również prawa Banku w odniesieniu do właściciela węzła. Ustalono, że wynikające z niniejszej umowy wynagrodzenia przysługujące Bankowi będą wypłacane przez Bank (...). Hal - (...) miała ponosić odpowiedzialność wobec Banku za przekazanie przez Bank (...) wynagrodzenia należnego Bankowi.

Z tytułu realizacji umowy Bank był uprawniony do otrzymania wynagrodzenia, na które miały składać się:

- opłata transakcyjna, będąca opłatą za każdą skuteczną, autoryzowaną przez (...) transakcję, zakończoną wypłatą środków przez klienta w bankomacie (opłata transakcyjna),

- zysk z różnic kursowych, który będzie stanowić dodatkowe wynagrodzenie Banku za transakcje będące wykonaniem Dyspozycji Międzynarodowych na zewnątrz węzła.

Zasady i szczegóły wynagradzania były opisane w załączniku nr 9 (...).

Strony zaakceptowały okoliczność, że jednolitą w ramach całego systemu (...) wysokość opłat należnych od Banku (...) w przypadku dyspozycji międzynarodowych na zewnątrz węzła, w tym również wysokość opłaty transakcyjnej za wykonanie każdej dyspozycji międzynarodowych na zewnątrz węzła każdorazowo określa H. (...). Zmiany wartości, o których mowa w zdaniu poprzedzającym nie stanowiły zmiany umowy i powodowały zmiany wysokości opłaty transakcyjnej za wykonanie każdej dyspozycji międzynarodowych na zewnątrz węzła z upływem 28 dni od dnia notyfikowania ich Bankowi przez (...). Kwoty, o których mowa w ustępach poprzedzających niniejszego paragrafu nie podlegały powiększeniu o podatek VAT (dowód: umowa z dnia 25.06.2010 r. wraz z załącznikami k. 10-22, 23-56, aneks nr (...) do umowy z dnia 31.10.2010 r. k. 57-60, aneks nr (...) do umowy z dnia 25.07.2012 r. k. 61-62 akt, (dowód: okoliczności bezsporne, zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka E. C. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:14:18-00:38:45, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54, zeznania świadka A. D. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 01:00:20-01:38:27).

Powód poniósł znaczne nakłady finansowe w celu dostosowania usługi oferowanej przez pozwanego do systemów informatycznych funkcjonujących u powoda. W projekt zaangażowane były znaczne zasoby pracownicze powoda, którzy poświęcili dużo czasu i pracy w celu wprowadzenia usługi. Powód zrezygnował również w tamtym okresie z wdrażania innych projektów. Dodatkowo mając na uwadze fakt, że projekt i usługa była wówczas na rynku usług finansowych nowatorskie, powód mógł ponieść znaczną szkodę, w tym również straty wizerunkowe i reputacyjne, na wypadek ewentualnego niepowodzenia (dowód: zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24).

W związku z nakładami finansowymi poniesionymi przez powoda na wdrożenie umowy, zastrzeżono w niej na jego rzecz od pozwanego dodatkowe świadczenie. **Zgodnie z umową** na pozwanym spoczywał między innymi obowiązek zapłaty na rzecz powoda wynagrodzenia, o którym szczegółowo mowa w par 4.2 lit k) umowy, zgodnie z którym (...) zobowiązał się do zapewnienia średnio minimum 3,100 **elektronicznych dyspozycji płatności** miesięcznie w danym roku kalendarzowym, zaczynając od 4 miesiąca od pierwszej transakcji po pilotażu systemu. Okres rozliczeniowy miał wynosić jeden rok kalendarzowy. Po zakończeniu każdego roku strony miały dokonać rozliczenia ilości elektronicznych dyspozycji płatności dokonanych w tym roku kalendarzowym. Jeśli średnia miesięczna ilość operacji (uzyskana przez podzielenie liczby wykonanych elektronicznych dyspozycji płatności przez liczbę miesięcy kalendarzowych, zaokrąglona do liczby całkowitej) będzie w danym okresie rozliczeniowym niższa od 3,100, H. (...) miał zapłacić (...) za każdy miesiąc okresu rozliczeniowego **dodatkowe wynagrodzenie**. Kwota tego wynagrodzenia miała być równa różnicy między 3100 oraz średnią miesięczną ilością elektronicznych dyspozycji płatności pomnożonej przez prowizję za operację międzynarodową oraz przez ilość miesięcy okresu rozliczeniowego. Wynagrodzenie miało być płatne do końca stycznia każdego kolejnego roku kalendarzowego.

W roku 2011 okresem rozliczeniowym miały być miesiące sierpień-grudzień.

Pozwany uiszczał na rzecz powoda wynagrodzenie wynikające z ww. postanowienia umowy w latach 2011-2013 i nie kwestionował jego wysokości, ani zasadności.

Obie strony umowy afiliacyjnej miały pełną wiedzę w przedmiocie ilości transakcji zrealizowanych za pośrednictwem systemu H. (...).

Powód, wiedząc o ilości zrealizowanych transakcji za pośrednictwem systemu H. - (...) pozyskiwał z własnych systemów bankowych tj. Korporacyjnej Hurtowni (...), który to system jest zintegrowany z (...), w którym bezpośrednio zapisywane były wszystkie transakcje H. - (...) realizowane w bankomatach powoda (dowód: wyciąg z systemu Korporacyjna Hurtownia (...) dotyczący ilości transakcji zrealizowanych za pośrednictwem systemu H. - (...) za rok 2013 - aktualny na dzień 01.02.2016 r. k. 214-244 akt, zeznania pozwanego e-protokół z dnia 18 listopada 2016r. czas 00:07:45, zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka E. C. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:14:18-00:38:45, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54).

Pozwany nie był w stanie wywiązać się z nałożonych na niego obowiązków wynikających z umowy afiliacyjnej, tj. nie zapewnił wymaganego poziomu transakcji za pośrednictwem systemu, wobec czego aktualizował się jego obowiązek zapłaty dodatkowego wynagrodzenia na rzecz powoda, a wynikającego z postanowienia, o którym mowa w art. 4.2 lit. k) umowy afiliacyjnej.

(dowód: wyliczenie za rok 2012 sporządzone przez R. B. k. 177, wyciąg z systemu Korporacyjna Hurtownia (...) dotyczący ilości transakcji zrealizowanych za pośrednictwem systemu H. - (...) w roku 2012; k. 178-181, faktura VAT nr (...) k. 182 akt).

W celu ustalenia prawidłowego wyliczenia wysokości wynagrodzenia dodatkowego należnego mu od pozwanego w oparciu o postanowienie par 4.2 lit k) umowy przeprowadzane były w okresie współpracy wyliczenia w oparciu o wzór matematyczny: $(3100 - [\text{średnia miesięczna ilość wypłat}]) * [12 \text{ miesiące}] * [2 \text{ EUR}] * [\text{kurs EUR/PLN}]$. Ten sposób wyliczenia wynagrodzenia był zgodny z postanowieniami umowy oraz nie był nigdy kwestionowany przez strony. Pozwany znał opracowany wzór matematyczny i do samego wzoru również nie wnosił uwag (dowód: okoliczność bezsporna, zeznania pozwanego e-protokół z dnia 18 listopada 2016r. czas 00:41:12).

Pozwany nie zrealizował w roku 2013 wymaganej ilości transakcji (elektronicznych dyspozycji płatności).

Dokument o nazwie "Wyliczenie za 2013 r." został sporządzony w styczniu 2014 r. przez pracownika powoda - R. B., który przygotowywał formalne rozliczenie dla pozwanego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 4.2 lit k) umowy afiliacyjnej z dnia 25.06.2010 r. ze zmianami. Rozliczenie zostało opracowane w oparciu o dostarczone mu zestawienie ilości transakcji zrealizowanych za pośrednictwem Systemu H. - (...) w roku 2013, wygenerowane z systemu bankowego Korporacyjna Hurtownia (...) przez pracowników powoda zatrudnionych w Zespole (...), Planowania i (...).

Sporządzone przez R. B. wyliczenie w oparciu o dane pozyskane z Korporacyjnej Hurtowni (...) było podstawą do wystawienia faktury VAT nr (...), która to faktura dotyczy zapłaty wynagrodzenia, o którym mowa w art. 4.2 lit. k) umowy afiliacyjnej.

Powód wystawił pozwanemu w dniu 7 stycznia 2014 r. fakturę VAT nr (...). Faktura dotyczyła kwoty dochodzonej niniejszym pozwem, należnej powodowi w związku z tym, że pozwany nie zrealizował w roku 2013 wymaganej ilości transakcji (elektronicznych dyspozycji płatności) – (dowód: dokument potwierdzający wysokość oraz sposób wyliczenia wynagrodzenia na rzecz powoda, raport z ilością elektronicznych dyspozycji płatności w roku 2013 k. 63-69, faktura VAT nr (...) z dnia 7.01.2014 r. k. 70; zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zestawienie ilości transakcji zrealizowanych

za pośrednictwem Systemu H. (...) w roku 2013 wygenerowane z systemu bankowego - (...) Hurtownia (...) przez pracowników powoda zatrudnionych w Zespole (...), Planowania i (...) k. 187-194 akt).

Pomimo upływu terminu do zapłaty uzgodnionego przez strony w umowie oraz wskazanego na przesłanej do pozwanego fakturze, pozwany nie uścił kwoty wynikającej z faktury.

W związku z brakiem wpłaty, powód pismami datowanymi na dzień 16 kwietnia 2014 roku, 23.05.2014 roku oraz 12.11.2015 roku wezwał pozwanego do zapłaty (dowód: przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 16.04.2014 r. k. 71, przedsądowe wezwanie z dnia 23 maja 2014 r., k. 72-73 akt, wezwanie z dnia 12 listopada 2015r. k. 74-76).

Zarząd spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. pismem z dnia 11 sierpnia 2014r. wypowiedział powodowi umowę afiliacyjną z dnia 25 czerwca 2010 r., aneksowaną w dniu 28 października 2011 r. , w oparciu o jej punkt 12.1. ust. 1, który przyznawał każdej stronie prawo do rozwiązania umowy za uprzednim sześciomiesięcznym wypowiedzeniem, dokonanym ze skutkiem na koniec miesiąca. Pozwany wypowiedział łączącą strony postępowania umowę, bowiem nie był w stanie wywiązać się z nałożonych na niego obowiązków wynikających z umowy afiliacyjnej, w tym nie posiadał środków na zapłatę dodatkowego wynagrodzenia należnego powodowi, a wynikającego z postanowienia, o którym mowa w art. 4.2 lit. k) umowy afiliacyjnej (dowód: zeznania pozwanego e-protokół z dnia 18 listopada 2016r. czas 00:29:03-00:32:43).

Na skutek otrzymanego od pozwanego wypowiedzenia umowy afiliacyjnej, mając na uwadze wizję rozwiązania tej umowy po upływie 6 kolejnych miesięcy kalendarzowych, kiedy to powód spodziewał się odłączenia od systemu H. - (...), oraz mając na uwadze liczne prośby klienta (...) S.A. o zapewnienie alternatywnego rozwiązania - powód rozpoczął starania zmierzające do zaproponowania klientowi innej usługi. Wynikało z umowy łączącej go z klientem (...) S.A. i nałożonego obowiązku zapewnienia dla klienta ciągłości rozwiązania opartego na systemie realizacji zleceń płatniczych, przy użyciu krótkich wiadomości tekstowych przesyłanych za pośrednictwem sieci telefonii komórkowej (SMS) oraz bankomatów sieci powoda (dowód: zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54).

Powód starał się rozwiązać spór z pozwanym na drodze polubownej. Prowadzone były liczne rozmowy zmierzające do tego, aby usługa wypłat za pośrednictwem Systemu H. - (...) była nadal dostępna w bankomatach powoda. Utrzymanie usługi i dalsza współpraca było uzależnione od uregulowania przez pozwanego wszystkich zaległych należności, w tym należności wynikających z faktury VAT dochodzonej w niniejszym postępowaniu, czego pozwany nie uczynił. Uznanie długu i propozycja z dnia 11.03.2015 r. (czyli już po rozwiązaniu umowy afiliacyjnej) została złożona przez prezesa pozwanej spółki zbyt późno z uwagi na konieczność zapewnienia ciągłości biznesowej i usług wobec klientów powoda.

Na etapie prób polubownego rozwiązania sporu pozwany deklarował gotowość zapłaty większej części spornego wynagrodzenia, nigdy nie kwestionując ilości wykonanych transakcji przy użyciu system H. - (...), z tym że zapłata uzależniona była od renegotjacji postanowień umowy afiliacyjnej (dowód: zeznania pozwanego e-protokół z dnia 18 listopada 2016r. czas 00:29:03-00:32:43).

Powód mając na uwadze zaistniałą sytuację, zaproponował klientowi usługę (...). Propozycja świadczenia tej usługi była złożona dopiero w okresie wypowiedzenia umowy afiliacyjnej a sama usługa została klientowi udostępniona począwszy od czerwca 2015 r. (dowód: zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54).

(...) S.A. jest klientem powoda począwszy od roku 1998, kiedy nastąpiło zawarcie pierwszej umowy rachunku bankowego pomiędzy klientem a powodem. Współpraca pomiędzy podmiotami od samego początku układała się

bardzo dobrze, wobec czego na dzień dzisiejszy klient korzysta z szeregu usług świadczonych przez powoda, posiada liczne produkty oferowane przez powoda, w tym zawarte są umowy rachunków bankowych, umowy kredytowe i inne.

Pierwsza umowa kredytowa pomiędzy powodem a (...) S.A. została zawarta w roku 2007, kiedy to pomiędzy powodem a pozwanym nie było jeszcze żadnej relacji biznesowej, a nawet planów takiej współpracy.

Od roku 2011 prowadzone były pomiędzy nim a spółką (...) S.A. rozmowy w sprawie usprawnienia obsługi klienta, w tym rozważany był model zastąpienia dotychczasowej współpracy opartej na wypłatach realizowanych przy użyciu czeków, bardziej innowacyjnym rozwiązaniem, w tym realizowanym przy użyciu system H. - (...). Rozwiązanie oparte o system H. - (...) było jednym z kilku jakie powód wówczas zaproponował klientowi.

Umowa o realizację masowych przekazów pieniężnych za pośrednictwem sms została podpisana w dniu **10.12.2013 r.** Na podstawie tej umowy powód zobowiązał się wobec klienta m.in. do dokonywania rozliczeń należności powoda wynikających ze zleceń wypłaty gotówki w bankomatach banku zleconych do wykonania za pośrednictwem systemu H. - (...). Relacja w przedmiocie dokonywania wypłat przy użyciu Systemu H. - (...) wiązała wyłącznie powoda oraz klienta (...) S.A. i stanowiła wycinek relacji jakie powód posiada z klientem (...) S.A. Klient często zgłaszał liczne zastrzeżenia co do funkcjonalności systemu i sposobu jego działania oraz że klient nie był zadowolony z działania niniejszej usługi. Powód nie miał jakiegokolwiek wiedzy o tym, aby (...) S.A. łączyła z pozwanym jakąkolwiek umowa, nie nakłaniał do rozwiązania takiej umowy (dowód: zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka E. C. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:14:18-00:38:45, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54).

Strona pozwana wezwała (...) do zapłaty kwoty 500.000,00 złotych z tytułu szkody wyrządzonej bezprawnym przejęciem P. Polska przez (...) (dowód: wezwanie do zapłaty k. 150- 152 akt).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów .

Oceniając zebrany w sprawie należy podnieść, że kluczową rolę odegrały zeznania samej strony pozwanej, czyniąc w istocie rzeczy bezprzedmiotowym realizację kolejnych wniosków dowodowych strony powodowej. Pozwany nie kwestionował:

- warunków umowy zawartej między stronami,
- zapisu o dodatkowym wynagrodzeniu w przypadku niezrealizowania wymaganej ilości transakcji,
- matematycznego wzoru do obliczeń tego wynagrodzeniu,
- zapłaty dodatkowego wynagrodzenia w 2012r. ,
- braku realizacji wymaganej ilości transakcji w 2013r. i konieczności zapłaty dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu, a nadto prowadzenia przedsądowych negocjacji co do zapłaty tej kwoty i zasadniczo uznania długu,
- wysokości dochodzonej kwoty przez powoda przed sądem i jej podstawy faktycznej i prawnej.

Mając na uwadze treść zeznań pozwanego, wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i bankowości (w tym na podstawie analizy/oględzin zapisów w systemie informatycznym powoda, tj. Korporacyjna Hurtownia (...)) na okoliczności:

- a) ilości transakcji zrealizowanych przy użyciu systemu H. - (...) w roku 2013,

b) porównania danych zamieszczonych w plikach rozliczeniowych dostarczanych przez pozwanego z danymi z systemu Korporacyjna Hurtownia (...),

c) sposobu odczytania danych z dokumentu plik rozliczeniowy wraz z ustaleniem od kogo/ za pośrednictwem jakiego systemu powód otrzymywał pliki rozliczeniowe, w tym określenie ile plików rozliczeniowych otrzymał w roku 2013;

okazał się bezprzedmiotowy, co zresztą zauważyła sama strona powodowa, cofając ten wniosek na rozprawie poprzedzającej wyrokowanie.

Zatem, z uwagi na treść zeznań samej strony pozwanej, oraz z uwagi na : zeznania świadka T. N. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:12:09-00:49:39, zeznania świadka F. W. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 00:49:39-01:11:24, zeznania świadka T. S. e-protokół z dnia 14 kwietnia 2016r. czas 01:11:24-01:30:33, zeznania świadka E. C. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:14:18-00:38:45, zeznania świadka S. G. e-protokół z dnia 22 sierpnia 2016r. czas 00:38:45-00:59:54, należało uznać dokumenty prywatne przedłożone przez powoda dotyczące umowy zawartej między stronami, jej realizacji i należnego powodowi od pozwanego wynagrodzenia, za wiarygodne.

Zgodnie z art. 245 k.p.c. dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Formalna moc dowodowa dokumentu prywatnego wyraża się w tym, że zawarte w nim oświadczenie pochodzi od osoby, która złożyła podpis na dokumencie, jednakże nie rozciąga się ona na okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia. Nie przesądza ona sama przez się o mocy materialnej dokumentu (kwestii jego ważności, skuteczności, a także prawdziwości). Dokument prywatny nie jest więc dowodem rzeczywistego stanu rzeczy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2015 r. VI ACa 1031/14 LEX nr 1794400).

Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 26 sierpnia 2015 r.

(I ACa 238/15 LEX nr 1797159) wskazano, że dokument prywatny nie korzysta z domniemania zgodności z prawdą złożonych w nim oświadczeń - formalna moc dowodowa tego dokumentu nie przesądza jego mocy materialnej. Dokument prywatny nie jest sam przez się dowodem rzeczywistego stanu rzeczy.

Jednakże zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w art. 233 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie "wszechstronnego rozważenia zebranego materiału" (a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (por. wyrok SN z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967, nr 5-6, poz. 21; uzasadnienie wyroku SN z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, LEX nr 80266; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, LEX nr 80267; wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2013 r., III AUa 51/13, LEX nr 1356634).

Jak twierdzi się w literaturze, moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wiarygodność zaś decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę (por. wyrok SA w Poznaniu z dnia 21 marca 2013 r., III AUa 1431/12, LEX nr 1322011; wyrok SA w Łodzi z dnia 5 czerwca 2013 r., I ACa 50/13, LEX nr 1345548; wyrok SA w Łodzi z dnia 23 lipca 2013 r., I ACa 90/13, LEX nr 1356578).

Przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według

których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważy materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, nr 10, poz. 200; uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000, nr 17, poz. 655; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99, LEX nr 51627; uzasadnienie wyroku SN z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, LEX nr 52624; uzasadnienie wyroku SN z dnia 29 września 2000 r., V CKN 94/00, LEX nr 52589; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, LEX nr 52544; wyrok SN z dnia 19 czerwca 2001 r., II UKN 423/00, OSNP 2003, nr 5, poz. 137; uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00, LEX nr 53923; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00, LEX nr 55499; uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906; uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273).

W przedmiotowej sprawie, Sąd uznał dokumenty prywatne złożone przez stronę powodową za wiarygodne, potwierdzające rzeczywisty stan rzeczy, tym bardziej, że zarzuty pozwanego były ogólnikowe, a twierdzenia które podnosił okazały się bezzasadne.

Pozwany w toku procesu wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków: A. D., G. J., W. I. P. Z.. Pozwany w toku procesu cofnął wniosek o przesłuchanie świadków: G. J., W. I., P. Z.. Ogólnikowe zeznania świadka A. D., a przede wszystkim zeznania samego pozwanego pozwalają wykluczyć, że nastąpiło zawarcie umowy między pozwanym a P. Polska, nawet o charakterze przedwstępnym, bowiem abstrahując nawet od formy pisemnej, której brak wprawdzie nie powoduje przy tego rodzaju czynności prawnej jej nieważność, to nie ma jakichkolwiek dowodów na uzgodnienie istotnych warunków tego rodzaju umowy. Ze względu na specyfikę materii, którą taka umowa reguluje, skomplikowane postanowienia umowy, czas jej trwania, wartość świadczeń, charakter podmiotów, nie ma możliwości przyjęcia, w świetle logiki, doświadczenia życiowego, wiedzy, by taka umowa została zawarta bez formy pisemnej lub też aktu notarialnego. Zatem twierdzenia, że (...) **zawarło** z P. Polska **ustną umowę**, na mocy której P. Polska miał realizować płatności w tzw. systemie (...) nie zostało udowodnione.

Pozwany dodatkowo żadnym środkiem dowodowym, nie wykazał nawet przyjmując hipotetycznie, że do takiej umowy doszło, jakie nakłady poniósł w związku z jej przygotowaniem, zawarciem, ewentualną realizacją, a koszty podawane na poziomie pół miliona złotych są jedynie subiektywną oceną strony, nie popartą żadnym dokumentem prywatnym, żadnym weryfikowalnym wyliczeniem.

Pozwany również nie udowodnił, by powód działał wbrew zasadom uczciwej konkurencji na rynku usług bankowych, parabankowych i w sposób wręcz wrogi przejął klienta pozwanego .

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się w pełni zasadne.

Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że jest to następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Po powstaniu stosunku zobowiązaniowego wierzyciel ma prawo oczekiwać, że dłużnik zachowa się zgodnie z treścią zobowiązania czyli spełni świadczenie, zaspakajając interes wierzyciela. Odpowiednie wykonanie zobowiązania musi czynić zadość wszystkim jego elementom co do jakości, sposobu, czasu i miejsca spełnienia świadczenia. W przypadku nienależytego wykonania zobowiązania świadczenie jest co prawda spełnione, ale w nieprawidłowy sposób, gdyż różni się ono od tego co strony między sobą ustaliły. Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej są:

- **fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika,**
- **szkoda wierzyciela,**

- **oraz związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, a szkodą.**

Wszystkie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. **Ich wykazanie i udowodnienie co do zasady należy do wierzyciela.**

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest przeciwieństwem jego "wykonania", czyli spełnienia świadczenia - przez dłużnika lub osobę działającą na jego rachunek - w taki sposób, że wyrażony w treści zobowiązania interes wierzyciela został zaspokojony. Brak takiego zaspokojenia w postaci rozbieżności pomiędzy prawidłowym spełnieniem świadczenia, czyli w takim kształcie, jaki wynika z treści zobowiązania, z zachowaniem zasad opisanych w art. 354 § 1, bez względu na przyczynę (działanie lub zaniechanie dłużnika, zob. np. orz. SN z 17 maja 1966 r., I CR 109/66, OSN 3/67, poz. 52), stanowi stan "niewykonania" lub "nienależytego wykonania" zobowiązania.

Niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy świadczenie w ogóle nie zostaje spełnione (np. w przypadku następczej niemożliwości świadczenia). Jeżeli natomiast świadczenie zostało spełnione, lecz w sposób nieprawidłowy, gdyż odbiega ono w mniejszym lub większym stopniu od świadczenia wymaganego, przez co interes wierzyciela nie zostaje zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania, dochodzi do "nienależytego" wykonania. Odróżnienie sytuacji niewykonania i nienależytego wykonania nie zawsze jest proste, chociaż z reguły nie ma to większego znaczenia, jako że konsekwencje niewykonania i nienależytego wykonania są podobne. W doktrynie proponuje się wyróżnienie w modelu należnego świadczenia jego cech konstytutywnych i uzupełniających. Jeżeli to, co zostało przez dłużnika zrealizowane, nie odpowiada przynajmniej cechom konstytutywnym, należy uznać, że świadczenie nie jest w ogóle spełnione. Uchybienia w zakresie cech uzupełniających oznaczają nienależyte wykonanie, przy czym uchybienia te - w zależności od rodzaju świadczenia - mogą przybrać najróżniejszą postać. Najogólniej mówiąc, każde, nawet najłżejsze, odstępstwo od modelu wykonania skonstruowanego dla danego zobowiązania, stanowi "nienależyte wykonanie".

Powołany przepis art. 471 k.c., mimo że ma podstawowe znaczenie w reżimie odpowiedzialności kontraktowej, nie określa jednak bliżej zasad tejże odpowiedzialności. Te zasady są uregulowane w kolejnych przepisach wśród których na pierwsze miejsce wysuwa się art. 472 k.c. Z jego treści wynika, że jeżeli zakres odpowiedzialności nie został zmodyfikowany czynnością prawną (umową) lub szczególnym przepisem ustawy, to dłużnik odpowiada za nie zachowanie należytej staranności. Ta regulacja oznacza więc odpowiedzialność na zasadzie winy, a dokładnie rzecz biorąc chodzi o niedbalstwo dłużnika. Konstrukcja przepisu powoduje ponadto to, że wina dłużnika ma charakter domniemany. Tym samym możliwa jest również ekskulpacja dłużnika poprzez wykazanie braku winy po jego stronie. Obciążające dłużnika domniemanie winy może zostać przez niego obalone przez udowodnienie rzeczywistej przyczyny nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo poprzez wykazanie dołożenia przez niego należytej staranności, czyli de facto, że nie doprowadził on do szkody w sposób zawiniony.

Pojęcie winy nie zostało w normatywny sposób zdefiniowane. Wina niewątpliwie jednak odnosi się do sfery zjawisk psychicznych sprawcy, wobec czego określa się ją jako znamię podmiotowe czynu. Pojęcie winy musi też uwzględniać dwa integralne elementy składowe o charakterze obiektywnym i subiektywnym. Element subiektywny to szeroko rozumiana bezprawność postępowania. Zachowanie sprawcy musi być obiektywnie nieprawidłowe, czyli musi naruszać jakieś reguły, zakazy czy nakazy. Nie chodzi tu przy tym wyłącznie o naruszenie powszechnie obowiązujących norm prawnych, ale także o zachowania przekraczające potrzebę ostrożności wymaganej przez zasady współżycia między ludźmi. W takiej sytuacji możemy mówić o przedmiotowej niewłaściwości postępowania i postawić z tego tytułu zarzut, skierowany przeciwko działającemu. Element subiektywny to wadliwość zachowania się sprawcy, dotycząca strony podmiotowej. Jest to więc niewłaściwość zachowania się związana z momentem przewidywania i momentem woli. Sprawcy stawiamy tutaj zarzut, że podjął on i wykonał niewłaściwą decyzję lub też że nie uczynił tego co należało, choć mógł powinien to zrobić. Przez winę rozumie się więc naganną decyzję człowieka, odnoszącą się do podjętego przez niego bezprawnego działania. Na gruncie odpowiedzialności kontraktowej tradycyjnie wyróżnia się winę umyślną oraz niedbalstwo równoznaczne z winą nieumyślną. Z winą umyślną mamy do czynienia wówczas gdy dłużnik, wbrew obciążającemu go obowiązкови, działa lub dopuszcza się zaniechania w zamiarze wyrządzenia

wierzycielowi szkody, a więc chce aby ona powstała lub przewidując taką możliwość godzi się na to. W przypadku niedbalstwa dłużnik co prawda nie chce wyrządzić szkody, ale w rzeczywistości do niej doprowadza przez to, że nie dochowuje należytej staranności, chociaż powinien i mógł postąpić prawidłowo. W sytuacji gdy uchybienia dłużnika są bardzo poważne i wysoki jest stopień naganności jego postępowania mówi się o tzw. rażącym niedbalstwie. Generalnie dłużnik zawsze bez względu na rodzaj winy odpowiada wobec wierzyciela za uchybienie kontraktowemu obowiązkowi dołożenia należytej staranności w celu wykonania zobowiązania. Nie zachowanie należytej staranności jest postępowaniem dłużnika z powodu, którego można mu postawić konkretny, personalny zarzut.

Ustawowa definicja **należytej staranności zawarta jest w art. 355 k.c.**, który w § 1 stanowi, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Z kolei § 2 podnosi te kryteria stwierdzając, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Skoro przez należyta staranność rozumie się staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, to przy ocenie zachowania dłużnika trzeba zmierzać do jej obiektywizacji i generalizacji. W tym celu konstruuje się więc pewne wzorce i modele postępowania, które następnie konfrontuje się z konkretnym zachowaniem dłużnika, po to aby ustalić czy wykazana przez niego staranność była należyta czy też nie wystarczająca. Zagadnienie należytej staranności każdorazowo rozpatruje się w płaszczyźnie stosunków danego rodzaju. Bierze się tu pod uwagę rodzaj stosunków, w ramach, których działa dłużnik, przy czym nie chodzi tylko i wyłącznie o stosunki prawne lecz także o szeroki kontekst relacji społecznych, który ma uzasadniać takie, a nie inne wymagania co do zachowania się danego podmiotu. Wymaganą staranność indywidualizuje się stosownie do wchodzących w rachubę stosunków zobowiązaniowych. W ramach danego rodzaju stosunków, czy obrotów mamy jednak do czynienia z pewną stypizowaną miarą, uwzględniającą charakterystyczne jego cechy. W dalszej kolejności przyjęta staranność bada się w świetle wymagań istniejących w tym względzie w stosunkach ogólnych. W wypadku braku wzorca normatywnego dla określonego stosunku kontraktowego uwzględnione będą wymagania ogólnie stosowane w stosunku do dłużnika wykonującego zobowiązanie. Nie wystarczy jednak ograniczyć takich wymagań do tych, które mogą być odniesione do każdego uczestnika obrotu. Konieczne jest więc wyważenie interesów stron, ponieważ chroniony musi być słuszny interes wierzyciela, ale jednocześnie dłużnik nie może zostać nadmiernie obciążony. W wypadku już istniejących powiązań kontraktowych z natury rzeczy zawsze zakres oczekiwań związanych z powinnym zachowaniem dłużnika musi uwzględniać zasługujące na ochronę interesy drugiej strony, co jest konsekwencją obowiązku lojalności i sumienności w stosunku do kontrahenta. Poziom wymaganej staranności jest zatem wyznaczony również poprzez odwołanie się do kryterium, którym jest interes konkretnego wierzyciela, chroniony w ramach danego stosunku obligacyjnego. Kryterium ogólnych wymagań nie jest spełnione, gdy dłużnik ogranicza się tylko do staranności minimalnej, bowiem staranność ogólnie wymagana to staranność normalna, przeciętna, typowa, średnia. Poziom wymaganej staranności nie jest zatem określany w odniesieniu do indywidualnych cech podmiotowych i możliwości konkretnego dłużnika wykonującego zobowiązanie, ale w relacji do zobiektywizowanego miernika staranności przyjmowanego w danej sferze stosunków. Obowiązek należytej staranności obejmuje wszystkie momenty wykonywania zobowiązania. Przy określaniu miary należytej staranności zawsze też zwraca się uwagę na konkretne okoliczności faktyczne, w których działał dłużnik, co prowadzi do względnej relatywizacji stosowanych mierników obiektywnych.

Trzeba także pamiętać, że kryteria staranności mogą zostać określone wolą stron. Nie ma oczywiście przeszkód, aby strony bezpośrednio lub pośrednio w treści zobowiązania wskazały na kryteria, według których będzie oceniane zachowanie dłużnika. Ułatwi to bardziej precyzyjne określenie poziomu staranności wymaganej w danym stosunku prawnym. Nie może jednak prowadzić do zacierania różnic pomiędzy oceną co do tego, na czym polega należyte wykonanie zobowiązania (element zdeterminowany treścią istniejącej relacji prawnej), a oceną odnoszącą się do staranności zachowania wymaganej wobec konkretnego dłużnika w wykonaniu ciążących na nim powinności, chociaż, co trzeba zauważyć, w praktyce obie oceny będą się niejednokrotnie zbiegać. Precyzyjne i szczegółowe określenie powinności dłużnika w zobowiązaniu, odbiegające od sytuacji typowych (sytuujące je np. na poziomie wyższym niż zazwyczaj), będzie więc zawsze stanowiło punkt odniesienia dla oceny staranności, ale samo przez się nie zastąpi jeszcze kryteriów wymaganej staranności zachowania. Nawet bowiem i w takich sytuacjach będzie to jednak

staranność ogólnie wymagana ze względu na dany rodzaj stosunku prawnego. Im większa konkretyzacja powinności w treści zobowiązania, tym bardziej zawężony jest punkt odniesienia dla oceny staranności zachowania dłużnika i tym silniej jest ona determinowana przez charakter danego stosunku prawnego. Ocena co do zachowania przez dłużnika wymaganej staranności będzie dokonywana *ex post*, już po nastąpieniu zdarzenia, z którym związana jest jego ewentualna odpowiedzialność. Opierać się więc będzie na ustaleniu, czy w danej, konkretnej sytuacji dłużnik uczynił zadość uzasadnionym oczekiwaniom, określonym w oparciu o zobiektywizowane mierniki (zobowiązanie może być wykonane nienależycie, ale z zachowaniem należytej staranności). Treść i rodzaj zobowiązania może zatem wskazywać na poziom uzasadnionych oczekiwań wobec danego dłużnika, ale kryteria staranności są ostatecznie zawsze konstruowane w oparciu o ogólny przepis art. 355 k.c.

Pojęcie należytej staranności nie jest stałe, gdyż jego zakres oraz treść jest pochodną rozlicznych i zmiennych w czasie elementów. Jest ono chociażby uzależnione od ogólnego poziomu wiedzy, nauki, techniki. Wpływ na nie wywierają też przepisy prawne, zasady współżycia społecznego, ukształtowane zwyczaje, reguły zawodowe. Zgodnie z ustalonym i dominującym poglądem pojęcie należytej staranności jest przeciwieństwem zachowania zawinionego, a nie tylko bezprawności. W takim ujęciu powinność zachowania należytej staranności nie należy do treści zobowiązania, ale jest także konstruowana w oparciu i na podstawie mierników nie należących do treści zobowiązania. To m.in. odróżnia pojęcie należytego wykonania zobowiązania (kategoria obiektywna, a więc związana z oceną bezprawności na gruncie odpowiedzialności *ex contractu*, dla której kryteriów należy poszukiwać przede wszystkim w treści samego zobowiązania, z uwzględnieniem mierników z art. 354 k.c.) od pojęcia należytej staranności, pozwalającego na odpowiedź na pytanie, czy zachowanie dłużnika jest *in concreto* zarzucalne (zawinione, nosi cechy niedbalstwa). Dystynkcja ta jest bardzo wyraźnie widoczna na gruncie przepisów o odpowiedzialności *ex contractu*, w ramach których odróżnione jest pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471) od niezachowania należytej staranności (art. 472). Brak staranności nie może bowiem jednocześnie występować jako element treści zobowiązania (co by oznaczało, że wierzyciel dochodzący odszkodowania musiałby w każdym wypadku udowodnić istnienie nienależytej staranności) oraz jako odrębnie wskazywana okoliczność, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność i jako taka objęta domniemaniem odpowiedzialności zgodnie z regułami określonymi w art. 471 w zw. z art. 472 k.c. Dystynkcja ta pojawia się także na tle przepisów o odpowiedzialności *ex delicto* (por. np. rozróżnienie pomiędzy uczynieniem zadość obowiązkowi nadzoru a starannym wykonywaniem nadzoru na tle art. 427 k.c. Prezentowane tu stanowisko, według którego pojęcie należytej staranności zawiera w sobie zespół kryteriów umożliwiających postawienie zarzutu niedbalstwa nie stoi w kolizji z przyjętą od dawna na gruncie współczesnej cywilistyki koncepcją obiektywizującą pojęcie winy, a więc w szerokim zakresie wykorzystującą zobiektywizowane mierniki oceny zachowania dłużnika, co pozostaje zresztą w pełnej zgodzie z założeniami teorii normatywnej winy.

Wszystkie powyższe rozważania w pełni odnoszą się również do przedsiębiorców, z tym że w ich przypadku pojawia się dodatkowy element w postaci zawodowego charakteru tej działalności.

Nie ulega wątpliwości, że uwzględnienie zawodowego charakteru działalności gospodarczej determinuje w znaczącym stopniu kryteria wymaganej od dłużnika staranności, a tym samym wpływa na zakres jego odpowiedzialności (jeśli jest ona oparta na zasadzie winy). Różnica w stosunku do rozwiązania przyjętego w § 1 art. 355 k.c., polega przede wszystkim na tym, że mierniki staranności zawodowej są niejako automatycznie uwzględniane w ramach stosunku prawnego związanego z wykonywaniem działalności gospodarczej, a więc bez względu na to, czy z samego charakteru takiego stosunku, jego rodzaju i treści płyną jakieś konkretne wskazania dotyczące profesjonalnych wymagań wobec dłużnika. To właśnie bowiem sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności (por. uchwała SN z 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90, OSN 5-6/91, poz. 65 dotycząca staranności wymaganej od osoby pośredniczącej w zawieraniu umowy sprzedaży w ramach prowadzonej działalności gospodarczej). Wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej jest wkomponowane do istoty działalności gospodarczej. Pojęcie wiedzy fachowej nie może być ograniczone wyłącznie do czysto formalnych kwalifikacji, obejmuje też doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, a także ustalone zwyczajowo standardy wymagań. Miernik zawodowej staranności znajduje zastosowanie w stosunku do dłużnika zarówno w umowach jednostronnie, jak i obustronnie profesjonalnych. Jak się wydaje, kryterium

działalności gospodarczej ma na gruncie art. 355 § 2 charakter materialny, a więc odnosi się do rzeczywiście wykonywanej przez dłużnika działalności zawodowej. Jeśli uznać poprawność tego stanowiska, to również podmioty nie posiadające formalnego statusu przedsiębiorcy i naruszające administracyjnoprawny obowiązek zgłoszenia działalności do rejestru przedsiębiorców, ale de facto prowadzące zawodową działalność gospodarczą, podlegałyby ocenie z punktu widzenia kryteriów staranności określonych w tym przepisie (por. np. orz. SN z 11 czerwca 1992 r., III CZP 64/92, OSN 12/92, poz. 225). Należyta staranność dłużnika, określana z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. orz. SN z 17 sierpnia 1993 r., III CRN 77/93, OSN 3/94, poz. 69). Ocena miernika postępowania, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia należytej staranności, nie może być jednak formułowana na poziomie obowiązków nie nadających się wygzekwować, oderwanych od doświadczenia uwzględniającego reguły zawodowe i konkretne okoliczności, a także określony typ stosunków (tak SN w wyroku z 8 lipca 1998 r., III CKN 574/97, baza orzeczeń Lex Polonica Maxima). Wreszcie niezwykle istotne znaczenie przy zawodowym charakterze działalności ma obowiązek udzielania informacji. Przyjąć należy, że pomimo braku takiego zastrzeżenia w treści art. 355 k.c. ewentualne istnienie takiego obowiązku rzutuje na ocenę, czy wykonanie zobowiązania było należyte.

Odnosząc powyższe rozważania do przedmiotowej sprawy należy podnieść, że w niniejszej sprawie oczywistym jest to, że powód w ogóle nie odniósł się do opisanych szczegółowo powyżej przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej ze wskazanego art. 471 k.c. Nie wywodził, że poniósł szkodę, że pozwany nie dochował należytej staranności w świetle art. 355 k.c. w wykonaniu zobowiązania, nie odnosił się do strony podmiotowej pozwanego, ani też związku przyczynowego między ewentualną szkodą a zawinionym działaniem pozwanego.

Podstawą prawną powództwa jest zapis w umowie afiliacyjnej (art. 750 k.c.). Powód w niniejszym postępowaniu dochodzi **zapłaty wymaganego na podstawie umowy afiliacyjnej (par 4.2 lit. k) "dodatkowego wynagrodzenia", a nie odszkodowania** za wyrządzoną przez pozwanego szkodę na podstawie przepisów o odszkodowaniu - co błędnie sugeruje pozwany w odpowiedzi na pozew.

Zapis o dodatkowym wynagrodzeniu nie jest sprzeczny z **art. 58 k.c.**, nie narusza prawa, ani zasad współzycia społecznego.

Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Sąd dodatkowo z urzędu rozważał, czy możliwe jest sięgnięcie do art. 5 k.c. przy ocenie zapisu umownego o dodatkowym wynagrodzeniu. Możliwość taka została dopuszczona w orzecznictwie sądowym czego przykładem są: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 24 lutego 1993 r., I ACr 48/93, opubl. OSAiSN 7/93 str. 35 – 39 oraz wyrok SN z 27 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, opubl. OSNC 3/02 poz. 32.

Zgodnie z treścią art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zasady współzycia społecznego należą do kategorii klauzul generalnych, dzięki którym po pierwsze możliwa jest indywidualizacja rozstrzygnięć opartych na przepisach prawa, które z natury mają formę ogólną, po drugie możliwe jest łagodzenie rygorystyki prawa oraz po trzecie zapewniają normom prawnym dostateczny stopień elastyczności. Zasady współzycia społecznego to normy społeczne, których przestrzegać musi każdy człowiek i obywatel i które mają znaczenie ogólne dla wszystkiego rodzaju stosunków społecznych, w tym także i prawnych. Zasady te nie są statuowane przez organy państwowe, lecz rodzą się samoistnie w społeczeństwie. Nie są one sankcjonowane przez państwo, więc ich realizacja nie jest zabezpieczona przymusem ze strony państwa. Jeżeli jednak przepis odsyła do zasad współzycia społecznego to sankcja jest związana z tym przepisem, wyrażającym regułę postępowania zawartą w normie prawnej. Art. 5 k.c. dotyczący nadużycia prawa podmiotowego należy do grupy przepisów, w których naruszenie

zasad współzycia społecznego spotyka się z dezaprobatą ze strony ustawodawcy, w tym sensie, że wiąże on ujemne skutki z takim zachowaniem. Zasady współzycia społecznego w rozumieniu art. 5 k.c. pozostają w ścisłym związku z całokształtem okoliczności danej sprawy i w takim całościowym ujęciu wyznaczają podstawy, granice i kierunki rozstrzygnięcia w sytuacjach wyjątkowych, które ten przepis ma na względzie. Dla zastosowania art. 5 k.c. konieczna jest ocena całokształtu szczególnych okoliczności rozpatrywanego przypadku, w ścisłym powiązaniu nadużycia prawa z konkretnym stanem faktycznym. (tak SN w orzeczeniu z 28 listopada 1967 r., I CR 415/67, opubl. OSP 10/68 poz. 210).

W przedmiotowej sprawie po wszechstronnym rozważeniu wszystkich aspektów sprawy Sąd doszedł do przekonania, że zastrzeżenie dodatkowego wynagrodzenia z uwagi na charakter umowy, rodzaj podmiotów zawierających umowę nie może być oceniane jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Umowa była wykonywana w tym zakresie przez pozwanego i nie była przez strony kwestionowana. Strony jako profesjonalisci, zawierając umowę, złożyły zgodne oświadczenia woli i wiedzy w przedmiocie zawieranej współpracy. Wprowadzenie tego rodzaju wynagrodzenia na rzecz powoda było uzasadnione gospodarczo. Powód wywiązał się z wszystkich swoich zobowiązań, natomiast pozwany nie był w stanie niniejszego uczynić, wobec czego złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy.

Odnosząc się do złożonego w sprawie zarzutu potrącenia (art. 498 k.c.), w ocenie Sądu, nie zasługuje on na uwzględnienie. Brak jest bowiem po stronie pozwanego wiarygodności o zasądzenie odszkodowania z tytułu bezprawnego przejęcia przez powoda klienta pozwanego, tj. klienta (...) S.A. Wszystkie twierdzenia pozwanego okazały się w tej kwestii gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami oraz niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym sprawy.

Zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t.)- art. 3 ust.1. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (art. 3 ust.1 ustawy).

Wskazany przepis stanowi on mianowicie wskazówkę definicyjną dla czynów uznawanych za nieuczciwe (funkcja definiująca) oraz uzupełnia katalog czynów niedozwolonych wyliczonych w części szczegółowej ustawy w ten sposób, iż w przypadku, gdy przy wykonywaniu działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nieujętego przepisami, a jednocześnie zakłócającego uczciwe stosunki rynkowe, wówczas podstawę jego oceny stanowiąc może samodzielnie art. 3 ust. 1 (funkcja uzupełniająca; funkcja ta jest szeroko wykorzystywana w orzecznictwie - por. np. wyrok SA w Lublinie z 30 września 1998 r., I ACa 281/98, LexPolonica nr 2133606, Apel.-Lub. 1999, nr 1, s. 45; wyrok SN z 11 lipca 2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2004, nr 5, poz. 73; wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07, LexPolonica nr 1798171). Istotne jest stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w orzeczeniu z 22 października 2002 r. (III CKN 271/01, LexPolonica nr 361044, OSNC 2004, nr 2, poz. 26), w którym m.in. podkreślono, iż uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji **wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1.** Przepis ten pozwala również na korygowanie oceny w sytuacji, gdy dany stan faktyczny formalnie spełnia przesłanki wskazane przepisami części szczegółowej ustawy, ale ze względu np. na niewielkie natężenie nieuczciwości lub minimalny stopień zagrożenia czy naruszenia interesów innego uczestnika rynku uzasadnione jest odstąpienie od negatywnej oceny danego czynu (funkcja korygująca). Jako przykład podaje się sytuację, w której używanie danego oznaczenia indywidualizującego przedsiębiorcę realizuje wprawdzie przesłanki art. 5, jednak ze względu na to, iż nie została wyrządzona szkoda lub

interes innego przedsiębiorcy nie został zagrożony, nie naruszono reguł uczciwej konkurencji (por. J. Szwaja, w: Szwaja, Komentarz 2006, s. 138; por. także G. Tylec, Relacja klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1..., s. 57 i n.).

W wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r. (I CSK 796/10, LexPolonica nr 3882091 z aprobowaną glosą M. Sieradzkiej, Lex/el. 2012), w wskazano, że art. 3 u.z.n.k. pełni zarówno funkcję uzupełniającą, jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17 u.z.n.k., jeżeli jest sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, bądź mu zagraża. Może to być też zachowanie określone w art. 5-17 u.z.n.k. (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie, bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy.

Konsekwencją przyjęcia, iż klauzula generalna spełnia funkcję korygującą, jest jej relacja do czynów wskazanych w dalszej części ustawy: w konkretnym przypadku działanie sprawcy spełniające hipotezę jednego z deliktów części szczególnej ustawy nie będzie naganne, jeśli zachodzi brak przesłanek ujętych w art. 3 ust. 1. Okoliczność tę potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 30 maja 2006 r. (I CSK 85/06, LexPolonica nr 1343984, OSP 2008, nr 5, poz. 55), w którym czytamy m.in., iż w każdym przypadku, także w razie stosowania przepisów rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, **niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które są określone w art. 3 ust. 1 ustawy**. Brak podstaw do uznania, że pomiędzy przepisami rozdziału 2 a art. 3 u.z.n.k. zachodzi relacja leges specialis - lex generalis i że dopiero w braku możliwości zakwalifikowania zachowania sprawcy jako nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji istnieje możliwość oceny tego zachowania przez pryzmat klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 ustawy.

Aby doszło do czynu z zakresu nieuczciwej konkurencji:

- działanie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą,
- czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami,
- działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W celu przyjęcia, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, **wystarczy bezprawność** działania (por. wyrok SA w Poznaniu z 24 czerwca 1992 r., I ACr 204/92, LexPolonica nr 315401, „Wokanda” 1993, nr 2, s. 30).

Bezprawność jest cechą działania polegającą na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego. Tak więc nie jest konieczny zamiar wprowadzania w błąd lub wdarcia się w cudzą klientelę (tak SN w wyroku z 1 grudnia 2004 r., III CK 15/04, LexPolonica nr 370757, MoP 2005, nr 1, s. 10). Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy. Istotne jest również stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu wyroku z 2 lutego 2001 r. (IV CKN 255/00, LexPolonica nr 351456, OSNC 2001, nr 9, poz. 137), w którym sąd podkreślił, iż nie można przyjąć, aby art. 3 miał służyć wzmocnieniu czy ochronie przejawów tendencji monopolistycznych. **Nie jest bowiem równoznaczne z zagrożeniem lub naruszeniem interesu innego przedsiębiorcy podejmowanie takich samych podmiotowo działań na tożsamym terytorium, jeśli nie mają one zarazem cech dumpingu, bojkotu ani nie są przejawem dyskryminacji innego uczestnika rynku, których celem byłoby doprowadzenie do wyeliminowania go z rynku.**

Czyny nieuczciwej konkurencji stanowią czyny niedozwolone (delikty) w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, przy czym odpowiedzialność wynikająca z naruszenia reguł właściwych dla uczciwej konkurencji oparta jest bądź na zasadzie winy, bądź jest od winy niezależna.

Skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji, podjętego w ramach działalności gospodarczej, musi **być naruszenie lub zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta**. W wyroku z 4 listopada 2011 r. (przywołanym powyżej) Sąd Najwyższy podkreślił, że ustawa nie definiuje ani pojęcia „interes”, ani „zagrożenie”. W związku z tym Sąd ten przyjął, że jest to określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla

przedsiębiorcy stanowią źródło korzyści rzeczywistych albo tylko oczekiwanych. Istnienie takiego interesu należy wykazać. Należy również ustalić, czy przez określone nieuczciwe działanie została zakłócona (a jeżeli tak, to w jakim stopniu) równowaga na wolnokonkurencyjnym rynku. Dopiero biorąc te wszystkie elementy pod uwagę, można wskazać istnienie związku między naruszoną normą a interesami chronionymi omawianą ustawą. **Z tego względu nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę będzie tożsame z popełnieniem przez niego czynu nieuczciwej konkurencji.** Rozważając tę kwestię, M. K. podniósł, że art. 3 u.z.n.k. znajduje zastosowanie wówczas, gdy naruszenie przepisów daje naruszającemu przewagę konkurencyjną nad innymi osobami (por. M. Kępiński, Problemy..., s. 5; J. Szwaja, w: Szwaja, Komentarz 2006, s. 146; nieco inaczej - wężiej - przesłankę tę interpretuje W. Rakoczy, Sprzecznosc z prawem..., s. 155). Tak więc przekroczenie pewnych norm porządkowych (np. dotyczących obowiązku zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej) nie będzie naruszało komentowanego przepisu (por. orzeczenie SN z 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00, LexPolonica nr 351456, OSNC 2001, nr 9, poz. 137, w którym Sąd przyjął, iż prowadzenie działalności gospodarczej bez wymaganej koncesji nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 komentowanej ustawy). Jednakże już nieplacenie cel czy podatków, umożliwiające przedsiębiorcy ustalenie niższej ceny, pozwoli postawić zarzut na podstawie art. 3. Konieczne jest więc, aby naruszony przepis regulował stosunki z zakresu konkurencji lub aby jego naruszenie dało sprawcy przewagę wobec konkurentów postępujących zgodnie z prawem.

W konkretnych przypadkach powinno się zatem poszukiwać związku między naruszeniem normy prawnej a stosunkami rynkowymi powstałymi w wyniku podjęcia określonych działań - z punktu widzenia reguł, jakie powinny towarzyszyć uczciwej walce konkurencyjnej. Istotne jest przy tym, że naruszenie prawa nie musi dotyczyć praw przysługujących temu przedsiębiorcy, którego interesy zostały zagrożone lub naruszone takim działaniem.

Kolejną przesłanką ocenną, zawartą w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., są **dobre obyczaje stanowiące klauzulę generalną ustawy.**

W literaturze wskazuje się, iż dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (por. art. 5, 58, 65, 140 i 354 k.c.) oraz ustalone zwyczaje (por. art. 56, 65, 69 i 354 k.c.), które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne, jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (por. J. Szwaja, w: Szwaja, Komentarz 2006, s. 155 i n.; R. Skubisz, Das Recht..., s. 681 i n.; C. Kosikowski, T. Ławicki, Ochrona prawna..., s. 158; M. Tadeusiak, Zwalczenie nieuczciwej..., s. 45 i n.; W. Masewicz, Zwalczenie nieuczciwej..., s. 22; E. Nowińska, Zwalczenie nieuczciwej..., s. 44 i n.; T. Knypl, K. Trzciniński, Znaczenie zwyczajów..., s. 15 i n.; R. Stefanicki, Dobre obyczaje..., s. 23 i n.; P. Sokal, Czyn nieuczciwej konkurencji..., nr 24, s. 1318 i n.; zob. także omówienie porównawcze A. Dietza, Die Einführung..., s. 649 i n.).

Dobre obyczaje nie zostały zdefiniowane w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., dlatego przybliżenie znaczenia tej klauzuli generalnej jest zadaniem zarówno judykatury, jak i doktryny.

Od czasu ujęcia tej klauzuli w przepisach ustaw o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozumienie tego pojęcia ewoluowało od ocen etycznych, po obecnie rozpowszechniane podejście określane mianem ekonomiczno-funkcjonalnego (por. M. Zdyb, M. Sieradzka, Interpretacja treści..., s. 19 i n.). Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Istotne z tego punktu widzenia będzie zatem nie „klasyczne” kryterium odwołujące się do poglądów uczciwego, przeciętnego członka danej społeczności, lecz oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji przez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług. Stanowisko to zaakceptowane zostało także przez doktrynę polską (por. J. Szwaja, w: Szwaja, Komentarz 2006, s. 157 i n. Autor ten podkreśla, że kryterium to nie eliminuje ocen moralno-etycznych, s. 159-160; krytycznie J. Preussner-Zamorska, Problematyka funkcjonowania..., s. 113 wraz ze wskazaną tam literaturą; J. Preussner-Zamorska, Problematyka klauzul..., s. 645 i n.; podobnie A. Tomaszek, Dobre obyczaje..., s. 8; M. Grabowski, W sprawie przesłanek czynu..., s. 21). Przedstawione stanowisko zaaprobowano również w orzecznictwie. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Łodzi przyjął, że współzawodnictwo w zakresie przewozów pasażerskich, mimo że narusza w pewnym stopniu interes innego przedsiębiorcy, zasługuje jednak na pozytywną ocenę, ponieważ prowadzi

do współzawodnictwa jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych usług (wyrok z 31 lipca 1995 r., I ACr 308/95, LexPolonica nr 307885, OSA 1995, nr 7-8, poz. 52). Z kolei Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 25 marca 1997 r. (III CKN 11/97, LexPolonica nr 324229, OSP 1997, nr 12, poz. 229) wskazał, iż „z zasady wolności i równości gospodarczej wyrastają reguły mające zapewnić godziwość i uczciwość postępowania każdego podmiotu gospodarczego”.

Przyjmując, iż uczciwe konkurowanie (tj. zgodne z dobrymi obyczajami) polega na kierowaniu się w obrocie akceptowanymi społecznie zasadami etycznymi, do których ze względu na gospodarczą sferę działalności należy także konkurowanie jakością i innymi cechami własnej oferty (w tym także jej ceną), należy zauważyć, iż obie interpretacje klauzuli generalnej wzajemnie się uzupełniają. Wobec takich odniesień oczywiste jest, że treść pojęcia dobrych obyczajów jest dynamiczna, zmienna (oczywiście z pewnymi elementami stałymi) wraz ze zmieniającymi się ocenami społecznymi (o czym niżej).

13. Oczywiście jest, że pojęcie „dobrych obyczajów” jest nieostre (jak zresztą każdej klauzuli generalnej) i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określoną treść (zob. R. Stefanicki, Klauzula dobrych..., s. 56 i n.). Sprecyzowanie treści naruszonego obyczaju należy do sądu.

Kierowanie się tym kryterium wymaga rozważenia wielu okoliczności, które sąd powinien wziąć pod uwagę. Tak więc, aby rozstrzygnąć spór, uwzględnić należy wszystkie elementy stanu faktycznego konkretnego przypadku, przede wszystkim gospodarcze oraz prawne. **Okoliczność tę podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 26 września 2002 r.** (III CKN 213/01, LexPolonica nr 357577, OSNC 2003, nr 12, s. 169) wskazując, że pojęcie dobrych obyczajów, **podobnie jak pojęcia zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów, nabiera określonego, normatywnego znaczenia dopiero w konkretnych sytuacjach, a więc przy indywidualizacji normy prawnej. Przed udzieleniem ochrony należy wyważyć i rozważyć interesy stron, a także interes publiczny oraz ogólne interesy przedsiębiorców i klientów. Należy uwzględnić także, jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu stron, jako zgodnego z dobrymi obyczajami albo jako z nim sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego rozpowszechnienia.**

Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 2 stycznia 2007 r. (V CSK 311/06, LexPolonica nr 1086749, Biul. SN 2007, nr 5, poz. 11), wskazując m.in., iż treści dobrych obyczajów nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego. Wszystkie one podlegają zmianom w ślad za zmieniającymi się ideologiami politycznymi i społeczno-gospodarczymi oraz przewartościowaniami moralnymi. Istotą działalności gospodarczej jest zabieganie o korzyści ekonomiczne. **Pojawienie się na rynku konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie - ryzyka utraty dotychczasowej pozycji i jest to wpisane w samą zasadę konkurencyjności. Zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).** Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych.

Jeżeli chodzi o dokonywanie stosownych ocen, szczególnie na gruncie przepisów zakazujących działań (zaniechań) wprowadzających w błąd, przyjmuje się, w Unii Europejskiej wzorzec przeciętnego konsumenta, określony w dyrektywie 2005/29/WE, a mianowicie jest to osoba przeciętnie (dostatecznie) uważna, ostrożna i poinformowana. Nie jest to model statyczny, należy go zatem budować z uwzględnieniem zmieniającego się otoczenia gospodarczego i informacyjnego, dostosowywać do warunków danego segmentu rynku i grupy tzw. konsumentów wrażliwych, tj. osób niepełnosprawnych fizycznie lub umysłowo (por. R. Stefanicki, Ustawa o przeciwdziałaniu..., s. 136 i n.). Oznacza to, iż model przeciętnego konsumenta powinien być kształtowany w

konkretnym przypadku z uwzględnieniem takich okoliczności, jak np. rodzaj towaru, zasięg kampanii reklamowej, zakres obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy, sposób sprzedaży oraz - co istotne - poziomu percepcji grupy, do której dane działanie dociera bądź może dotrzeć. W wielu przypadkach ważne będą warunki obrotu, w których jest stosowana oceniana praktyka rynkowa. W praktyce „test przeciętnego konsumenta” krajowego nie będzie musiał być drastycznie zmieniony, gdyż zarówno dyrektywa, jak i orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie tworzą jednolitego modelu, pozostawiając jego ustalenie ustawodawstwu i orzecznictwu krajowemu.

Istotna i warta podkreślenia jest okoliczność, iż na gruncie art. 3 ust. 1 ustawy chronione są aktualnie zagrożone lub naruszone interesy przedsiębiorców. W tym kontekście istotna jest teza wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2004 r. (V CK 550/03, LexPolonica nr 367159, MoP 2004, nr 14, s. 631), zgodnie z którą przedsiębiorca może dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji również wtedy, gdy działa w innej dziedzinie niż konkurent. Oznacza to, że nawet jeśli nie ma między przedsiębiorcami dosłownie rozumianej konkurencyjności, to np. posługiwanie się przez jednego z nich podobnym znakiem towarowym czy też podobnym oznaczeniem firmy może się wiązać z nieuczciwym wykorzystywaniem renomy drugiego przedsiębiorcy czy naruszać inne jego interesy. W wyroku z 20 października 2005 r. (II CK 154/05, LexPolonica nr 391485) Sąd Najwyższy wskazał m.in., że dla uznania, iż doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie jest wymagane, żeby wynikiem podobieństwa między znakami używanymi przez pozwanego a znakami zarejestrowanymi na rzecz powoda była możliwość wprowadzenia klientów w błąd. Wystarczy samo podobieństwo między znakami, jeżeli zagraża lub narusza interes powoda lub klientów. Nie jest konieczne, aby sprawca czynu pozostawał z przedsiębiorcą, którego interes został naruszony w stosunku konkurencji. Zajęcie przeciwnego stanowiska jest z punktu widzenia art. 3 ust. 1 nieprawidłowe. Podobnie w wyroku z 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07, LexPolonica nr 1798171, Lex nr 432207, Sąd Najwyższy wskazał, że art. 3 ustawy może być samodzielną podstawą uznania jako czynu nieuczciwej konkurencji, i to bez względu na to, czy zachowanie to stwarza możliwość wprowadzenia konsumenta w błąd, m.in. co do pochodzenia towarów.

Ustawodawca, dostrzegając rzecz oczywistą, a mianowicie, iż nie da się wyczerpująco określić działań, które są sprzeczne z uczciwą rywalizacją rynkową, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 czyny stanowiące w każdym razie delikty nieuczciwej konkurencji (podobnie M. Sieradzka, Glosa do wyroku SN z 4 listopada 2011 r., I CSK 796/10, LexPolonica nr 3882091). Rolą judykatury jest zatem uzupełnienie tego katalogu. W celu zastosowania art. 3 ust. 1 jako podstawy odpowiedzialności za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci naruszenia dobrych obyczajów, konieczne jest wskazanie, jaki konkretnie dobry obyczaj - inny niż wymieniony w przepisach rozdz. 2 - został naruszony (tak SN w wyroku z 14 listopada 2008 r., V CSK 162/08, Biul. SN 2009, nr 2; wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01, LexPolonica nr 361044; wyrok SA w Poznaniu z 18 maja 2006 r., I ACa 1149/05; wyrok z 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00, LexPolonica nr 351456, OSN 2001, nr 9, poz. 137).

Pozwany w przedmiotowej sprawie **nie wykazał istnienia żadnych przesłanek skutkujących przyjęciem naruszenia przez powoda art. 3 lub art. 12. ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**, o czym była mowa w ocenie dowodów. Zarzuty zostały podniesione jedynie na użytek tej sprawy.

Mając na uwadze powyższe Sąd orzekł, jak w sentencji wyroku. O odsetkach ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia orzekł zgodnie z żądaniem pozwu na podstawie art. 481 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. Na koszty procesu należne od pozwanego na rzecz powoda złożyły się opłata od pełnomocnictwa 17zł, wynagrodzenie pełnomocnika 7200zł (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu -tj. Dz.U. poz. 461 z 2013 r.), opłata od pozwu 13.149zł .

ZARZĄDZENIE

1. odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron,

2. uzasadnienie sporządzone przez sędziego.